

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS
EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA.
LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES
EN LA FUTURA EUROPA**

**TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI
BORJA SUÁREZ CORUJO***

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.- III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL EUROPEO DE 2004: 1. Los antecedentes. El régimen jurídico de los principios en la Carta del 2000. 2. ¿El mantenimiento del régimen jurídico de los principios establecidos en la Carta de 2000 en el Tratado Constitucional de 2004?- IV. LA CONSAGRACIÓN DEL DEBER DE PROTECCIÓN DE DETERMINADAS SITUACIONES EN LOS ARTÍCULOS III-210.2.b Y II-94 DEL TRATADO CONSTITUCIONAL.

I. INTRODUCCIÓN

Frente a lo que se ha mantenido por aquellos que se oponen a su ratificación, la entrada en vigor del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa puede suponer avances notables en el ámbito de la protección social.

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (en adelante Tratado Constitucional), firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, y

* Profesores doctores de Derecho Constitucional y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, respectivamente, de la Universidad Autónoma de Madrid.

cuya entrada en vigor se torna incierta tras el no francés y holandés, supone la “constitucionalización” explícita en el derecho europeo de una Carta de derechos fundamentales que se impone a los poderes públicos europeos y a los poderes públicos nacionales cuando apliquen el derecho de la Unión¹. La denominada Carta de los derechos fundamentales de la Unión se integra, con plena eficacia jurídica, como Parte II del Tratado Constitucional.

El objeto de las páginas que siguen es analizar la diferente naturaleza jurídica que se otorga en el Tratado Constitucional, por un lado, a los denominados derechos y libertades y, por otro, a los denominados principios.

El mismo Preámbulo de la Carta ya se refiere a la diversidad de figuras que recoge en su seno cuando afirma que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación”.

La necesidad de diferenciar entre derechos y principios habría sido una de las conclusiones a las que habría llegado la Convención que elaboró la Carta de derechos proclamada solemnemente en Niza en el año 2000 por las instituciones comunitarias², y que ha sido integrada ahora prácticamente respetando su contenido integro, como Parte II en el Tratado Constitucional de 2004. Diferenciación entre derechos y principios que se fundamentaría, ya en el año 2000, en la necesidad de dotar a los derechos sociales y económicos de un régimen jurídico específico y diferenciado del régimen jurídico del resto de derechos.

En las Conclusiones del Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999, que encargaba a una Convención la elaboración de una Carta de derechos, se señalaba que a la hora de elaborar tal Carta, la que luego sería la Carta de 2000, se deberían tener en cuenta los derechos económicos y sociales, del mismo modo que en la Carta Social Europea de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, en cuanto no se limitan a fundamentar los objetivos de actuación de la Unión.

Sin embargo, al tiempo que se reconoció que los derechos sociales no constituyen meras directrices políticas, no constituyen meros fundamentos de los objetivos de actuación; en la Convención de 2000, también se señaló la dificultad de reconocer la justiciabilidad individual de tales derechos pues su

¹. Artículo II-111.1 del Tratado Constitucional.

². Proclamación solemne que no suponía el reconocimiento de su eficacia jurídica.

eficacia plena depende, en buena medida, de la decisión política acerca de cómo deben distribuirse recursos escasos³.

Ello produjo que se llegase al compromiso de incluir los derechos sociales en la Carta de 2000 pero bajo la denominación de “principios”, dotándoles de un régimen jurídico diferente al del resto de derechos contenidos en la Carta⁴.

Ciertamente, la determinación concreta de qué preceptos de la Carta recogen derechos y qué preceptos recogen principios no se deduce tan fácilmente de la simple lectura del catálogo contenido en aquella, pues en la mayoría de los casos, los preceptos concretos, aluden literalmente a derechos cuando en realidad, en las explicaciones del Praesidium de la Convención que se adjuntaban a la Carta, se afirma estar ante un principio⁵.

En todo caso, el propósito de diferenciar entre derechos y principios (ya en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión del año 2000, que, reiteramos, ha sido incorporada como Parte II del Tratado Constitucional de 2004), se puede reconducir al mismo propósito querido por el constituyente español cuando estableció la diferencia entre los derechos y libertades del capítulo II del Título I de la Constitución y los principios rectores de la política

³. Para BÖCKENFÖRDE “la concreta garantía del derecho fundamental (social) deviene dependiente de los medios financieros estatales disponibles. La “imposibilidad económica” se presenta como límite –necesario– de la garantía (prestacional) de los derechos fundamentales.” BÖCKENFÖRDE, A.-W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1993. (tr. de Requejo, J.L. y Villaverde, I.). Ver p. 65.

⁴. A género intermedio entre los auténticos derechos y los que son simples “objetivos para la acción de la Comunidad” se refiere RUBIO LLORENTE, F., “Mostrar los derechos sin destruir la Unión” en *La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea*, dir GARCÍA DE ENTERRÍA. Madrid, 2002. SCHUTTER realiza un fundamental análisis de las consecuencias que tiene la introducción de los derechos sociales en la Carta en SCHUTTER, O., “La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l’UE à la garantie des droits sociaux dans l’ordre juridique communautaire” *Revue Universelle des Droits de l’homme* (RUDH) vol 12. 2000. p 43

⁵. Así, por ejemplo, el artículo 86 afirma que “la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”. Las explicaciones dadas por el Praesidium de la Convención que elaboró la Carta catalogan lo incluido en este precepto como un principio. Asimismo el artículo 34.1 afirma que la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales en una serie de supuestos. Las explicaciones del 2000 vuelven a catalogar lo establecido en el art. 34.1 como principio. Al origen y el valor de las denominadas “explicaciones” del Praesidium nos referiremos posteriormente.

social y económica del capítulo III del Título I de la Constitución: dotar a cada grupo de un diferente régimen jurídico. En efecto, mientras que los derechos y libertades fundamentales son derechos públicos subjetivos, los denominados principios rectores de la política social y económica, no supondrían la atribución a los ciudadanos de derecho subjetivo alguno. Tal diferencia tiene una consecuencia esencial: la de reconocer la aplicabilidad directa e inmediata de los primeros y no la de los segundos. Sin embargo, tal diferencia relativa a su aplicabilidad inmediata no supone que los principios no sean plenamente vinculantes para los poderes públicos, en tanto en cuanto, establecen deberes dirigidos a estos. La vinculación de los poderes públicos también a los principios no es más que la consecuencia de reconocer la normatividad de todos los preceptos recogidos en la Constitución.

En parecidos términos consideramos que se ha construido en el Tratado Constitucional europeo de 2004 la diferencia entre el régimen jurídico de los derechos y el de los principios.

Analizaremos en un primer epígrafe el régimen jurídico de los principios rectores de la política social y económica en el ordenamiento constitucional español para en un segundo epígrafe analizar el régimen jurídico de los principios en el Tratado Constitucional europeo. La comparación entre ambos no es baladí pues el "constituyente" europeo ha afirmado que el régimen jurídico de los principios establecido en el Tratado Constitucional se ajusta al enfoque de los sistemas constitucionales de los Estados miembros en relación con los "principios", especialmente en el ámbito de la legislación de carácter social⁶.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Nuestra Constitución ha diferenciado entre el régimen jurídico aplicable a los derechos y libertades fundamentales contenidos en el capítulo II del título I y el régimen jurídico aplicable a los denominados principios rectores de la política social y económica contenidos en el capítulo III del título I⁷.

⁶ En las explicaciones del Praesidium de la Convención de 2003 que han sido aceptadas en el Tratado Constitucional como parámetro interpretativo esencial de la Parte II del mismo Tratado como desarrollaremos infra.

⁷ Un magnífico análisis del régimen jurídico de los principios en JIMENEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid. 1999.

El Tribunal Constitucional ha mantenido en una reiterada jurisprudencia que todos los preceptos constitucionales incluyendo “los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (art.s 9.1 y 53.1) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, no sufriendo este principio general de aplicabilidad inmediata más excepciones que las que imponga la propia Constitución expresamente o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable” (sic)⁸.

Precisamente los principios rectores de la política social y económica contenidos en el capítulo III del título I serían una de las excepciones constitucionales al principio de aplicabilidad inmediata y directa de los principios y derechos constitucionales a las que se refiere la jurisprudencia citada. El propio artículo 53.3 de la Constitución ha excluido la aplicabilidad inmediata de los principios contenidos en el capítulo III al afirmar que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción de acuerdo con las leyes que los desarrollen”.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que el valor de la Constitución como norma jurídica de inmediata eficacia y vinculatoriedad “necesita ser modulada en lo concerniente a los artículos 39 a 52, en los términos del 53.3 de la Constitución” que limita su efectividad⁹. Tal modulación se concreta en que “los principios reconocidos en el capítulo III del título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables”¹⁰.

Los principios rectores de la política social y económica no establecerían por sí mismos derechos subjetivos directamente exigibles ante los tribunales *ex constitutione*, sino que serían las leyes las que, al detallar su concreto alcance, pueden establecer los derechos subjetivos¹¹.

El otro supuesto de excepción al principio de aplicabilidad inmediata de los principios y los derechos se produce cuando la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable. Ello suele ocurrir cuando nos encontramos, por ejemplo, ante determinados derechos de prestación que requieren un desarrollo legal para alcanzar plena eficacia. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afirmado, sin embargo, que aún en la hipótesis

⁸. SSTC 15/1982 de 23 de abril, 254/1993 de 20 de julio, y 31/1994 de 31 de enero.

⁹. SSTC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1 y 63/1983, de 20 de julio, FJ 5.

¹⁰. STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5.

¹¹. Señala JIMENEZ CAMPO como antes de las leyes de desarrollo el interprete no puede reconocer en los principios ningún derecho subjetivo. Ello supone que el derecho nacerá de la ley. *Derechos fundamentales...*, *op cit.*, pp. 124 y ss.

de que un derecho constitucional requiera una *interpositio legislatoris* para su desarrollo y plena eficacia, se debe negar que su reconocimiento por la Constitución no tenga otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales, de modo que sólo sea exigible ante los tribunales ordinarios cuando el legislador lo haya desarrollado¹². Para el Tribunal Constitucional en estos casos estamos también ante derechos directamente aplicables *ex constitutione* si bien reconoce que la naturaleza misma de la norma puede producir que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación legislativa se produzca, más que un contenido mínimo¹³.

La limitación a la aplicabilidad inmediata de los derechos prestacionales ha sido resaltada por BÖCKENFÖRDE en relación a los derechos sociales en Alemania al considerar que estos “no pueden fundamentar directamente en sí pretensiones reclamables judicialmente” pues sería “propio de su naturaleza el que no representen derecho inmediato (para los ciudadanos) cuando están en la Constitución y antes de su conformación por parte del legislador”¹⁴. Se niega así por el autor alemán que los derechos sociales por su misma naturaleza puedan ser reclamados judicialmente¹⁵.

Los preceptos constitucionales pueden por lo tanto carecer de aplicabilidad directa e inmediata bien porque la propia Constitución lo haya excluido expresamente, caso de los principios del capítulo III, bien porque por su naturaleza requieran un desarrollo legal sin el cual no es posible que se extraiga derecho subjetivo alguno del precepto constitucional¹⁶.

¹² Que es la consecuencia que se establece en el caso de los principios rectores de la política social y económica.

¹³ En las SSTC 15/1982 de 23 de abril, 254/1993 de 20 de julio, y 31/1994 de 31 de enero se trataba de la tutela de derechos fundamentales que requerían un desarrollo legislativo para alcanzar su plena eficacia, el Tribunal Constitucional consideró que la aplicabilidad inmediata que reconoce a los derechos fundamentales nuestra Constitución implica el reconocimiento de un contenido mínimo directamente aplicable. Ciertamente la falta de desarrollo legal de los mandatos constitucionales produce que el derecho no pueda alcanzar plena eficacia, sin embargo tal falta de desarrollo legal no puede conducir a la absoluta desaparición de la posibilidad de amparar pretensiones individuales fundadas en el precepto constitucional.

¹⁴ BÖCKENFÖRDE, A.-W., *Escritos sobre...*, op cit., p. 78.

¹⁵ En el caso de la Constitución española muchos derechos sociales han sido recogidos en el capítulo III del título I lo que supone que independientemente de si su naturaleza dificulta su aplicabilidad inmediata ésta se excluye por la propia Constitución debido a su consideración de principios no alegables ante la jurisdicción ordinaria.

¹⁶ Evidentemente muchos de los principios del capítulo III tienen esta naturaleza.

Volviendo al análisis del régimen jurídico de los principios rectores de la política social y económica contenidos en el capítulo III del título I, se hace necesario señalar que si bien la propia Constitución ha establecido en el caso de los principios rectores una excepción al principio de aplicabilidad inmediata y directa de tales preceptos, ello no significa, sin embargo, que tales normas carezcan de fuerza vinculante para los poderes públicos. En efecto, la negación de aplicabilidad inmediata y directa a los principios rectores únicamente significa que estos no son generadores de derechos públicos subjetivos accionables ante los tribunales, pero no significa que los principios queden desposeídos de su carácter vinculante para los poderes públicos.

Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia constitucional cuando señala que el artículo 53.3 dispone que los principios recogidos en el capítulo III “son previsiones constitucionales que obligan al legislador”¹⁷ y “se imponen necesariamente a todos los poderes públicos”¹⁸. El Tribunal Constitucional ha señalado que los principios rectores “enuncian proposiciones vinculantes, en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 de la Constitución”¹⁹.

En este punto, se hace necesario referirse, a la diferencia entre el concepto de “deber” y el concepto de “obligación”; pues los principios del capítulo III vinculan a los poderes públicos como consecuencia de establecer un deber y no tanto por establecer una obligación. La razón de considerar que los principios imponen deberes a los poderes públicos pero no les imponen propiamente obligaciones es precisamente que los principios no atribuyen derecho subjetivo alguno.

Para SANTI ROMANO la obligación jurídica sólo se entiende en el marco de una relación jurídica, en la cual existe de forma correlativa a esa obligación un derecho subjetivo de la otra parte de la relación; en cambio, el deber en sentido estricto está desligado de un derecho ajeno y viene establecido en protección de intereses objetivos. Ciertamente frente al deber de un sujeto puede existir un “poder” o “potestad” de otro para pretender su cumplimiento sin que ello suponga, sin embargo, el reconocimiento de un derecho subjetivo. Este poder se constituye simplemente como una garantía de la observancia del deber, y ambos sujetos no entran en una relación jurídica en sentido estricto²⁰. El poder, que se atribuye a determinados sujetos para exigir el cumplimiento del

17. STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 13.

18. STC 83/1984 de 24 de julio, FJ 3.

19. SSTC 19/1982 de FJ 6, y 14/1992 de 10 de febrero, FJ 11.

20. DÍEZ REVORIO, F. J., “Los Deberes Constitucionales” en <http://www.iustel.com>

deber, se constituye así en garantía frente al libre arbitrio del órgano al que se le impone el deber.

GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ consideran que derechos y obligaciones son dos especies de un género común, los deberes en sentido amplio, definidos como comportamientos, positivos o negativos, que se imponen a un sujeto en consideración a intereses que no son los suyos propios, sino los de otro sujeto distinto o los generales de la colectividad. Distinguen dentro de esa categoría genérica el deber en sentido estricto, derivado directamente de la norma y no de ninguna relación o negocio jurídico concreto y frente al que existe una potestad; y la obligación, que nace en el seno de una relación o negocio jurídico, y frente a la que se sitúa un derecho subjetivo²¹.

Admitido que de un principio rector del capítulo III no surge un derecho subjetivo, la vinculación del poder público al principio sólo podrá ser en forma de deber y no de obligación.

Así parece reconocerse por BÖCKENFÖRDE cuando tras definir a los derechos sociales como mandatos constitucionales, caracteriza a estos como deberes jurídico-objetivos que tienen por destinatarios a los órganos estatales²².

La vinculación de los poderes públicos a los principios rectores de la política social y económica viene establecida por la propia Constitución. En efecto, la Constitución dispone en el artículo 53.3 que “el reconocimiento, respeto y protección de los principios rectores recogido en el capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, lo cual impide considerar a tales principios como normas sin contenido vinculatorio alguno. De todo principio se derivan tres exigencias fundamentales que son la manifestación de su vinculatoriedad:

La primera es la exigencia de interpretar las restantes normas del ordenamiento de conformidad con los principios.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo II*. Novena edición. Madrid. 2004. pp 30 y ss.

²² BÖCKENFÖRDE, A.-W., *Escritos sobre...*, *op cit.*, p.80. Si bien es verdad que considera que pueden tener una vertiente jurídico-subjetiva derivada de que en su construcción los derechos sociales más que principios son derechos de configuración legal, que si bien por su naturaleza difícilmente pueden ser inmediatamente aplicables, no dejan de ser derechos.

La segunda es la exigencia de revisar la constitucionalidad de las normas tomando como parámetro los principios.

La tercera es la exigencia de promover el desarrollo de los principios²³.

A la hora de analizar las dos primeras exigencias que se derivan del reconocimiento constitucional de los principios rectores como preceptos vinculantes para los poderes públicos, es necesario recordar que el artículo 53.3 afirma que los principios reconocidos en el Capítulo III “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

La doctrina y la jurisprudencia constitucional han considerado de manera unánime que no cabe interpretar este precepto como estableciendo “una prohibición de “alegar” en general preceptos constitucionales ante la jurisdicción ordinaria sino simplemente como una regla que veda a los órganos judiciales el reconocimiento y el otorgamiento de prestaciones a favor de los particulares, con el único fundamento de los principios del capítulo III”²⁴. Lo que estaría vedándose es la posibilidad de considerar que los principios generen derechos subjetivos directamente aplicables por los tribunales de justicia, pero no la alegación de los principios ni como elemento interpretativo del ordenamiento jurídico ni como elemento para juzgar la constitucionalidad de una ley.

Ello no podía ser de otro modo pues el propio artículo 53.3 exige que los poderes públicos utilicen los principios como elemento para interpretar el derecho en vigor cuando afirma que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios informarán la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos²⁵. Pero además la jurisprudencia constitucional ha admitido que los principios rectores pueden servir como elemento para juzgar la constitucionalidad de las leyes, lo cuál implica, por ejemplo, la posibilidad

²³. Para GÓMEZ PUENTE la normatividad de los principios rectores se manifiesta a través de las tres funciones básicas que cumplen: la programación o dirección de los contenidos de la acción legislativa, la interpretación del sentido de las leyes y el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes. GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid. 1997. p 80.

²⁴. SATRÚSTEGUI, M. en AAVV. *Derecho Constitucional* vol I. Valencia. 1992. p 366-367. DE OTTO, I. *Sistema de Fuentes*. Barcelona. 1987. P 48-49. JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales...*, *op cit.*, p. 124.

²⁵. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional al afirmar que “el artículo 53.3 impide considerar a tales principios como normas sin contenido y obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”. STC 19/1982 de 5 de mayo. FJ 6.

de que los principios fundamenten el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad²⁶.

En lo que se refiere a la tercera exigencia derivada del reconocimiento de la vinculatoriedad de los principios rectores, la exigencia de su promoción o desarrollo positivo por el legislador, debemos enfrentarnos a los problemas que se producen a la hora de poder exigir el cumplimiento efectivo de tal deber al legislador²⁷.

Si consideramos que de los principios rectores se deriva no sólo un deber de interpretar las normas de acuerdo con tales principios sino también un deber de legislar para desarrollarlos positivamente debemos determinar tanto los medios previstos en el ordenamiento jurídico para determinar su incumplimiento como las consecuencias que tiene la falta de cumplimiento de tal deber de hacer. En efecto, asumido el deber de promoverlos, la ausencia de desarrollo legal de los principios rectores supondría un incumplimiento de la Constitución como consecuencia de producirse lo que se denomina una omisión legislativa²⁸. Omisión que no es un simple no hacer sino que consiste en un no hacer algo a lo que se está obligado²⁹.

La primera dificultad a la hora de remediar las omisiones legislativas producidas por ausencia de desarrollo positivo de los principios rectores se hallaría en los problemas que se producen en la determinación de la existencia de un verdadero deber de desarrollo, y sobre todo en los problemas que se producen, en caso de darse la existencia de un deber, en la determinación del exacto contenido del mismo³⁰.

Destaca JIMÉNEZ CAMPO la heterogeneidad de los principios contenidos en el capítulo III. Para este autor, el capítulo III, recoge normas programá-

²⁶ Ciertamente se ha señalado que la propia naturaleza abierta de tales principios rectores hará muy difícil que puedan justificar por sí mismos una declaración de inconstitucionalidad de una ley.

²⁷ Problemas que son perfectamente trasladables a la aplicación de la segunda exigencia, la exigencia de tener presentes a los principios a la hora de considerar la constitucionalidad de una ley.

²⁸ Para AGUIAR tan alterada queda la plenitud del texto constitucional y tan negada la voluntad del constituyente con un actuar contrario a la Constitución como con un no actuar. AGUIAR DE LUQUE, L. "El Tribunal Constitucional y la función legislativa". *Revista de Derecho Político* nº 24 (1987), p 25.

²⁹ El Tribunal Constitucional ha declarado que la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace. STC 74/1987, de 25 de mayo.

³⁰ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad...*, *op cit.*, p 20.

ticas, mandatos al legislador, principios de igualdad y garantías institucionales. Cada una de estas categorías tiene una distinta fuerza vinculante. Así las normas programáticas no estarían estableciendo deberes jurídicos sino más bien enunciados atributivos de competencias o potestades. Sin embargo, los mandatos o las garantías institucionales impondrían un deber concreto de adoptar cierta legislación³¹.

Pero incluso en estos supuestos el hecho de que muchos de los principios rectores recogidos en nuestra Constitución hayan sido formulados con una evidente vaguedad e indeterminación mediante la utilización de términos y conceptos genéricos, unido al hecho de que tales principios no poseen un contenido esencial al que quede sujeto el legislador, hace improbable que se pueda establecer con precisión en que consiste el contenido concreto del deber de desarrollo positivo al que queda vinculado el legislador. Los principios rectores supondrían, en este caso, el otorgamiento al legislador de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de desarrollarlos que haría muy difícil el control constitucional del incumplimiento del deber de desarrollo³².

La capacidad de los principios de vincular al legislador estaría considerablemente debilitada como consecuencia de que su "formulación no está lo suficientemente determinada como para que pueda medirse en ella una norma de rango inferior"³³ o la omisión de su desarrollo. Si bien, es necesario señalar que, esta indeterminación de los principios, se produce en interés de la libre formación democrática de la voluntad y de la decisión mayoritaria del Parlamento. Interés presente sobre todo en el ámbito de los derechos sociales, ámbito en el que la necesidad de contar con la disponibilidad financiera del Estado puede justificar la atribución de tal discrecionalidad al poder legislativo a la hora de concretarlos³⁴.

³¹. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales...*, op cit., pp 128 y ss.

³². Refiriéndose al ordenamiento norteamericano WINTER afirmaba "que la noción de *welfare rights* constitucionales es errónea porque no existen estándares de enjuiciamiento para determinar cuándo se satisfacen los supuestos derechos, y los tribunales, en ausencia de esos estándares, no pueden definir ni aplicar esos derechos, salvo que usurpen abiertamente funciones ejecutivas y legislativas" en ALONSO GARCÍA, E., "Los límites a la Justicia Constitucional: la Constitucionalización de los Derechos Prestacionales del "Welfare State" en Norteamérica". 11 *Revista Española de Derecho Constitucional* 1984. p. 185.

³³. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán 6, 55 (76).

³⁴. De acuerdo con SCHNEIDER el carácter abierto de la Constitución se manifiesta cuando importantes cuestiones particulares han quedado conscientemente abiertas, precisamente para que sean resueltas en un libre confrontación política, como es el caso de la configuración concreta del orden económico y social. SCHNEIDER, H. P., *Democracia y Constitución*. Madrid. 1991. p 73.

Así lo ha señalado implícitamente el Tribunal Constitucional quién tras afirmar que los principios rectores vinculan a los poderes públicos ha considerado que “de conformidad con el valor superior del pluralismo político, el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio”³⁵.

Este problema de indeterminación o generalidad de los principios se puede superar, sin embargo, en los casos en los que del principio sea posible derivar un deber concreto jurídicamente determinable o en los casos en que en el principio se contenga, por ejemplo, una garantía institucional. Así se ha considerado que ocurre, por ejemplo, en el caso del artículo 41 de la Constitución al establecer que “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en casos de desempleo”³⁶. Para el Tribunal Constitucional el contenido de este precepto constitucional es un contenido mínimo, que puede ser ampliado por el legislador a otra serie de situaciones que no sean de estricta necesidad pero que exige por los menos que contemple estas³⁷.

La existencia de ese contenido mínimo permite determinar con más precisión en que consiste el deber de desarrollo positivo que tiene el legislador. Por ejemplo, en el caso del artículo 41, podría ser el deber de establecer una prestación por desempleo. Ciertamente ello es independiente de cual sea el contenido económico concreto que se le de a aquella prestación, contenido cuya determinación sí quedaría a la discrecionalidad del legislador “en atención a las circunstancias económicas y sociales que ineluctablemente condicionan su viabilidad y eficacia”³⁸.

Sin embargo, en muchos otros supuestos no será posible determinar en que consiste el contenido mínimo del deber impuesto por la Constitución con lo que será muy difícil controlar su incumplimiento. Así parece reconocerlo la

³⁵. STC 14/1992 de 10 de febrero de 1992, FJ 11.

³⁶. Estaríamos ante un ámbito indisponible por el legislador, obligado a mantener tal régimen en términos reconocibles para la imagen que del mismo tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (SSTC 26/1987 de 27 de febrero, FJ 4, y 76/1987, de 25 de mayo FJ 4) y en el caso de que no existiera ya tal régimen estaría obligado a crearlo. Sin embargo, al tiempo se recuerda por el Alto Tribunal que al ser los derechos que se ostenten en materia de seguridad social de configuración legal, podría el legislador modularlos, entre otras consideraciones, en atención a las circunstancias económicas y sociales que ineluctablemente condicionan su viabilidad y eficacia (STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3).

³⁷. STC 103/1983 de 22 de noviembre.

³⁸. STC 37/1994, FJ 3, de 10 de febrero.

jurisprudencia constitucional cuando afirma que la naturaleza de los principios rectores “hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta”³⁹.

La cita jurisprudencial anterior introduce la segunda dificultad a la hora de remediar las omisiones legislativas, la ausencia de cauces jurisdiccionales para el control de las denominadas omisiones absolutas.

Recordemos que no es contradictorio con la ausencia de aplicabilidad inmediata de los principios, el reconocimiento de una potestad a determinados sujetos para pretender el cumplimiento del deber que tales principios imponen a los poderes públicos. Frente al deber de un sujeto puede existir un “poder” o “potestad” de otro para pretender su cumplimiento sin que ello suponga el reconocimiento de un derecho subjetivo, sino más bien el establecimiento de un cauce procesal para evitar el libre arbitrio del poder al que se le impone el deber. Pues bien uno de los problemas fundamentales para poder exigir a los poderes públicos el cumplimiento de los deberes derivados de los principios es la ausencia de cauces procesales para ello.

Las omisiones legislativas que estamos tratando, la ausencia de desarrollo positivo por el legislador de los principios rectores de la política social y económica, como omisiones del cumplimiento de un deber constitucional que son, deberían ser declaradas por el Tribunal Constitucional, supremo interprete de la Constitución.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento existen dificultades procesales a la hora de posibilitar que el Tribunal Constitucional se pronuncie acerca de la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, sobre todo si se trata de las denominadas omisiones absolutas.

Las omisiones absolutas se producirían como consecuencia de la no producción de una norma que el legislador está obligado constitucionalmente a dictar. Tales omisiones absolutas se deben diferenciar de las denominadas omisiones relativas que se producen en el caso en que la norma se dicta pero al omitir determinados contenidos no cumple con el deber que le impone la Constitución⁴⁰.

³⁹. STC 45/1989 de 20 de febrero FJ 4.

⁴⁰. WESSEL “Die Rechtsprechung der BVerfG zur Verfassungsbeschwerde”, en *Deutsches Verwaltungsbatt*. 1952 y MORTATI, C. “Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro compattamenti omissivi del legislatori” en *Il Foro Italiano*, 1970.

La determinación por el Tribunal Constitucional de la existencia de una omisión relativa es posible por las vías previstas para el control de constitucionalidad de las leyes que permitirían que el asunto llegase al Tribunal ya que existe una norma, que precisamente por incompleta se considera inconstitucional y que es recurrible⁴¹. La declaración de una omisión relativa se producirá siempre que se pueda determinar en que consiste exactamente el deber que se ha omitido por la norma, pues recordemos que para el Tribunal Constitucional la naturaleza misma de los principios rectores “hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión”⁴². Algo que, sin embargo, no es tan improbable cuando el principio establece un deber más concreto o la ausencia de cumplimiento del principio rector se puede vincular con la vulneración simultánea de un derecho fundamental, señaladamente el de igualdad⁴³.

Sin embargo, la determinación por el Tribunal Constitucional de la existencia de una omisión absoluta no es en ningún caso posible debido a la manera en que se reglamentan en nuestro ordenamiento los recursos para la declaración de la inconstitucionalidad que exigen que la interposición sólo se pueda realizar frente a actos expresos y no frente a la inactividad absoluta del legislador.

Ciertamente, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional los principios rectores son previsiones constitucionales que vinculan al legislador, lo que supone admitir que pueden servir como elemento para juzgar la constitucionalidad de las leyes⁴⁴, sin embargo, la configuración jurídico-procesal del acceso al Tribunal Constitucional, impediría utilizar tales principios como ele-

⁴¹. No entraremos a examinar las técnicas a través de las cuales los tribunales constitucionales pueden intentar hacer frente a las omisiones legislativas con la finalidad de dotar de eficacia directa a las obligaciones establecidas en la Constitución. Ver AHUMADA RUIZ, M.A., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 8, 1991.

⁴². STC 45/1989 de 20 de febrero, FJ 4.

⁴³. Aunque no siempre es necesario vincularlo de tal modo. En la sentencia del TC que declaró inconstitucional la obligación de declaración conjunta en el IRPF se afirmaba que “si la carga tributaria que pesa sobre una persona integrada en una unidad familiar es mayor que la que pesa sobre otro contribuyente con idéntico nivel de renta, pero no integrado en una unidad de este género, es evidente que no sólo se lesiona el principio de igualdad sino que directamente se va en contra del mandato constitucional que ordena la protección de la familia (artículo 39.1 que se encuentra dentro de los principios rectores) a la que, al obrar así, no sólo no se protege, sino que directamente se la perjudica. STC 45/1989 de 20 de febrero, FJ 7.

⁴⁴. Siempre que la formulación de tales principios lo permita por su ausencia de vaguedad e indeterminación.

mento para juzgar el más claro incumplimiento de los deberes que tales principios pueden comportar, las omisiones legislativas absolutas. Frente a la inactividad total del legislador, incumpliendo así sus deberes constitucionales, no existen vías procesales de acceso ante el Constitucional.

Una vez analizado el régimen jurídico de los principios rectores de la política social y económica en nuestro ordenamiento constitucional se hace necesario determinar si tal construcción coincide con la que se ha utilizado a la hora de configurar el régimen jurídico de los principios contenidos en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL EUROPEO DE 2004

Antes de analizar propiamente la regulación establecida en el Tratado Constitucional del 2004, consideramos necesario analizar el régimen jurídico de los principios que se preveía en la Carta del 2000 para el caso en que ésta hubiese sido finalmente adoptada como norma jurídicamente vinculante.

La razón esencial para examinar el régimen previsto en aquel texto, es que el origen de la diferencia entre el régimen jurídico de los derechos y libertades y el régimen de los principios que se establece en el Tratado Constitucional de 2004 se encuentra ya en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada solemnemente en Niza el día 7 de diciembre de 2000. Ciertamente la Carta Europea de derechos fundamentales del año 2000, pese a su proclamación en Niza, no se adoptó finalmente como norma jurídicamente vinculante por la Conferencia Intergubernamental del 2000. Sin embargo, el análisis de su contenido tiene su relevancia pues la Carta de Derechos fundamentales contenida en la parte II del Tratado Constitucional aprobado por la CIG 2004 se ha basado en la idea del respeto al contenido íntegro de la Carta del 2000 que preveía ya un régimen jurídico propio para los principios.

La idea del respeto al contenido íntegro de la Carta de 2000 se asumió por el Grupo II de la Convención del 2003, encargado de realizar propuestas en relación con el tratamiento de los derechos fundamentales en el Proyecto de Constitución europea. En efecto en el Informe final del Grupo II o Grupo "Carta" se afirma que el contenido de la Carta que se incorpora como parte II del Tratado Constitucional "representa el consenso logrado por la anterior Convención, un organismo con especial experiencia en materia de derechos fundamentales(...) y que ha sido aprobado por el Consejo Europeo de Niza".

Para el informe del Grupo II, “la Convención de 2003 debe respetar el contenido íntegro de la Carta, incluidas sus declaraciones de derechos y principios, su preámbulo y, como elemento fundamental, sus “disposiciones generales”, y no abrir de nuevo el debate sobre la misma”⁴⁵.

Tras haberse explicitado en el informe final del Grupo II de la Convención del 2003 la voluntad de respetar el contenido íntegro de la Carta elaborada en el 2000, el Grupo II de la Convención 2003 considera “posible y adecuado introducir determinados *ajustes técnicos de redacción* en las “disposiciones generales” de la Carta”⁴⁶. Modificaciones que, sin embargo, se vuelve a reiterar que no suponen modificaciones en cuanto al fondo, sino que sirven “para *confirmar*, aclarar y reforzar desde el punto de vista jurídico determinados elementos clave del consenso global logrado por la anterior Convención respecto de la Carta”.

Partiendo de estas premisas, se debería asumir que el contenido medular de la Carta del 2000 se ha querido mantener en la Carta del 2004 y por ello es necesario analizar el régimen jurídico de los principios en la Carta de 2000.

1. Los antecedentes. El régimen jurídico de los principios en la Carta del 2000

La Carta del 2000 diferenciaba ya entre principios y derechos. En primer lugar se manifestaba tal diferencia en su propio Preámbulo al afirmar en su último párrafo que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación”.

Asimismo en el, por entonces, artículo 51.1, tras establecer que “las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión (...) así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”, afirmaba que “éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias”⁴⁷.

Se puede considerar que se determina en este artículo la diferencia fundamental entre el régimen jurídico de los derechos, que se deben respetar, y el ré-

⁴⁵. Informe final del Grupo II de 22 de octubre de 2002. CONV 354/02.

⁴⁶. En cursiva en el original.

⁴⁷. Para la determinación de que preceptos de la Carta contienen derechos y cuales principios eran útiles las explicaciones elaborados bajo responsabilidad del Praesidium de la Convención del 2000. Evidentemente tales explicaciones carecían de de valor jurídico pero podían tener el valor interpretativo que los órganos aplicadores del derecho quisieran darle.

gimen jurídico de los principios, que se deben observar y promover su aplicación.

El deber de respetar los derechos que se impone a los poderes públicos europeos – y a los poderes estatales cuando apliquen el derecho de la Unión – implica el reconocimiento del deber de respetar algo preexistente a la acción de los poderes públicos, algo que ya se atribuye a los ciudadanos *ex constitutione*, sin necesidad de ley de intermediación o desarrollo alguna⁴⁸. Así los denominados derechos serían derechos públicos subjetivos con eficacia inmediata desde la Carta y que deben ser respetados por el poder público europeo. Por el contrario en el caso de los denominados principios no se establece que se deban respetar sino que se deben observar y promover su aplicación, lo cual se puede interpretar como que vinculan al poder en el ejercicio de sus funciones y competencias pero que por si mismos no atribuyen derechos subjetivos a los particulares.

Así pareció interpretarse en el año 2000, en la Exposición de Motivos del artículo que abrió el capítulo de los Derechos Económicos y Sociales, donde se afirmaba que “estos derechos, (...), cuando contienen un derecho a una prestación positiva, resulta necesario precisar que, en determinados casos, se trata de principios cuya aplicación está supeditada a la adopción de medidas de aplicación”. Señala RUBIO como el criterio fundamental para la incorporación a la Carta del 2000 de la categoría de los principios habría sido esta referencia a la prestación positiva cuya aplicación está supeditada a la adopción de medidas de aplicación⁴⁹, criterio que excluiría el nacimiento de un derecho subjetivo directamente aplicable desde la misma Carta.

Esta interpretación, coincidente con la realizada por nuestra jurisprudencia constitucional de los principios rectores, se ve, en cierta manera, confirmada al acudir a la individualización que se hace en las explicaciones de la Carta del 2000 de los preceptos que son derechos y de los preceptos que son principios, pues la mayoría de los tradicionales derechos sociales y económicos son catalogados como principios mientras que los derechos de libertad son catalo-

⁴⁸. Estos derechos sólo vinculan a los poderes europeos o a los estatales cuando apliquen el derecho de la Unión pero no a los poderes estatales en el ejercicio de sus propias competencias.

⁴⁹. RUBIO LLORENTE, F, “Mostrar los...”, *op cit.*, pp. 135 y ss. Señala RUBIO como el representante en la Convención del Gobierno francés consideró decisivo este criterio para que la Carta incorporase la categoría de los principios.

gados como derechos⁵⁰. Lo cuál supondría que todos aquellos preceptos que son susceptibles de aplicarse directamente son catalogados como derechos mientras que la mayoría de los preceptos que no son susceptibles de aplicarse directamente por demandar un desarrollo legal serían principios⁵¹.

En todo caso, el artículo 51.1 de la Carta de 2000 al afirmar que los poderes europeos —y los estatales cuando apliquen el derecho de la Unión— respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación está atribuyendo a los principios fuerza vinculante. De acuerdo con la Carta los poderes públicos europeos tienen el deber de promover la aplicación de los principios en el ejercicio de las competencias atribuidas. Otra cosa es que tales principios no pueden ser origen inmediato y directo de derechos subjetivos accionables por los particulares ante los tribunales, algo que parece derivarse de que sólo los derechos deben respetarse mientras que los principios deben observarse y promoverse⁵².

Al igual que ocurría en el ordenamiento jurídico español, la vinculación de los poderes públicos europeos a los principios se traduce en una triple exigencia, la primera la exigencia de recurrir a ellos para la interpretación de las restantes normas del ordenamiento jurídico europeo, la segunda la exigencia de recurrir a ellos como parámetro para considerar la conformidad de una norma con el derecho europeo originario y la tercera la exigencia de su promoción activa por el legislador.

Las dos primeras exigencias se derivan necesariamente de la Carta cuando establece que los principios se observarán. En efecto, la exigencia de interpretar el ordenamiento europeo de acuerdo con los principios se deduce de la vincula-

⁵⁰. Ello implica que se catalogan como principios todos aquellos preceptos que requieren para su plena eficacia un desarrollo legislativo posterior mientras que se catalogan como derechos aquellos preceptos que para su plena eficacia exigen sobre todo una obligación de abstención o simple respeto por parte del poder público.

⁵¹. Hay que señalar que al igual que ocurre en nuestra Constitución donde hay derechos que requieren un desarrollo legal para alcanzar plena efectividad y, sin embargo, no por ello dejan de ser derechos pese a que la necesidad de desarrollo pueda suponer ciertas trabas a su aplicabilidad inmediata, en la Carta también encontramos determinados derechos de configuración legal que requieren tal desarrollo y son catalogados como derechos y no como principios, por ejemplo el derecho de sufragio. El ser considerado un derecho, en aquellos casos que se requiere un desarrollo legal, y no un principio rector tiene su relevancia en el ordenamiento español a la hora de poder acudir ante los tribunales para exigir la aplicación de tal derecho en su contenido mínimo posible hasta que sea desarrollado por la ley. SSTC 15/1982 de 23 de abril, 254/1993 de 20 de julio, y 31/1994 de 31 de enero.

⁵². Igualmente se establece la diferencia entre el régimen jurídico aplicable a los principios y a los derechos en el artículo 52 cuando se afirman las garantías de los derechos y libertades garantías que no parecen aplicarse a los principios. En el caso de los derechos y libertades se establece la reserva de ley y como límites a esta el contenido esencial y el principio de proporcionalidad.

ción de los poderes públicos, incluido los poderes aplicadores del derecho, a los principios. Además de esta función interpretativa, los principios tendrían como segunda función constituirse en parámetro para determinar la “constitucionalidad” de los actos y normas europeos, pues el legislativo comunitario también se ve vinculado a la observancia de los principios establecida en la Carta.

La tercera exigencia se deriva del establecimiento por la Carta del deber de promover la aplicación de los principios, deber que implica la promoción activa de los principios por parte del legislador europeo y no meramente un deber de no vulneración.

Sin embargo, la aplicación de esta tercera exigencia de promoción de los principios depende en el ordenamiento europeo del cumplimiento de una serie de premisas.

En efecto, a la hora de aplicar lo analizado hasta ahora, hay que tener sin embargo en cuenta dos premisas básicas.

La primera premisa es que las disposiciones de la Carta de los derechos fundamentales vinculan a las instituciones y órganos de la Unión, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión⁵³.

Ello supone que cuando la Carta reconoce los derechos subjetivos o establece el deber de respeto o promoción de los principios o derechos vincula a los poderes europeos y únicamente a los poderes estatales cuando apliquen derecho de la Unión. No estando vinculados los poderes nacionales por los derechos y principios recogidos en el Tratado Constitucional cuando ejercen sus propias competencias. Otra cosa es que los poderes públicos españoles, vinculados a promover los derechos y principios contenidos en la Constitución nacional, al ejercer sus propias competencias tuviesen que interpretar las normas constitucionales internas de conformidad con el Tratado Constitucional Europeo en aplicación del artículo 10.2 de la Constitución española⁵⁴.

La segunda premisa es que la Carta de derechos fundamentales no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas en las demás partes de los Tratados⁵⁵.

⁵³. Artículo 51.1 de la Carta del 2000, recogido sustancialmente igual en el artículo II-111.1 del Tratado Constitucional.

⁵⁴. Desarrollaremos algo esta posibilidad infra.

⁵⁵. Artículo 51.2 de la Carta del 2000, recogido sustancialmente igual en el artículo II-111.2 del Tratado Constitucional.

Ello supone que cuando la Carta establece un potencial deber de promoción de los principios no está creando nuevas competencias, por lo que tales potenciales deberes de desarrollo, que recordemos que sólo se pueden imponer a los poderes europeos o a los estatales cuando apliquen el derecho de la Unión, sólo serán tales deberes de desarrollo si se ha previsto una competencia específica en las cláusulas de los Tratados atributivas de competencias.

La expresa declaración de que los preceptos de la Carta no suponen por sí mismos la atribución de nuevas competencias a la Unión impide considerar que estos preceptos puedan suponer la imposición a los poderes europeos de nuevos deberes de promoción activa de tales derechos y principios.

Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Carta (actual artículo II-74 del Tratado Constitucional), que recoge el derecho a la educación, establece en su apartado 2 que este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria. Sin embargo, el reconocimiento de tal principio⁵⁶ no implica la atribución de una nueva competencia a la Unión que haga posible considerar que las Instituciones Europeas deban promover su aplicación tal y como establece el artículo 51.1 (artículo II-111-1 del Tratado Constitucional). En efecto, la Unión carece de competencias en educación más allá de las de fomento, coordinación y complemento de las políticas estatales, por lo que la Carta en este ámbito no genera deber de promoción alguno de las instituciones europeas.

Otra cosa será, si además del reconocimiento en la Carta de un derecho o principio potencialmente generador de un deber de promover su aplicación —y no sólo generador de un simple deber de abstención y respeto—, en las cláusulas competenciales del Tratado se atribuyese a la Unión una competencia regulatoria sobre una materia en alguna medida ligada con aquel derecho o principio que de acuerdo con la Carta debe ser promovido. En este caso sería posible considerar que los poderes europeos al ejercer sus propias competencias se encuentran vinculados por la Carta, pero vinculados no sólo en el sentido de tener que respetar tales derechos o principios al ejercerlas sino en el sentido de encontrarse vinculados a actuar para promover su aplicación. El hecho de que la Carta establezca el potencial deber de los poderes europeos de promover la aplicación de los principios, unido al hecho de que aquellos tengan atribuida una competencia concreta, produce el efecto de establecer un efectivo deber de actuar. Ello supo-

⁵⁶ Las explicaciones del Praesidium de la Convención de 2003 lo catalogan como principio, en nuestra Constitución se podría considerar como un derecho, bien es verdad que sería un derecho de carácter prestacional y que requiere la *interpositio legislatoris* para su plena eficacia.

ne que, en estos casos, la inactividad regulatoria también podría suponer una vulneración de los deberes establecidos en el texto fundamental europeo.

Si bien los principios y derechos de la Carta no suponen la atribución de nuevas competencias a la Unión, sí que pueden afectar el ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión en otras partes del Tratado Constitucional pues el deber que tienen los poderes europeos de promover los principios establecidos en la Carta, si bien es verdad que sólo se puede producir dentro de los límites de las competencias ya atribuidas, dentro de tales límites podrían generar un deber de actuar positivamente. Así veremos que ocurre, por ejemplo, en el caso del principio establecido en el artículo 34 de la Carta (actual artículo II-94 del Tratado Constitucional) que debe ser promovido por el legislador comunitario en el ámbito de la competencia atribuida por el artículo 104 del TCE (actual artículo III-210 del Tratado Constitucional).

Es necesario, sin embargo, una vez constatado que los principios de la Carta son teóricamente susceptibles de generar deberes de actuar de los poderes comunitarios a través de sus competencias, analizar si se dan en el ordenamiento europeo los obstáculos que encontrábamos en el español para poder declarar jurisdiccionalmente los posibles incumplimientos de tales deberes.

Recordemos que el hecho de que muchos de los principios rectores recogidos en nuestra Constitución hubiesen sido formulados con un evidente grado de vaguedad e indeterminación hacia improbable que aquellos se pudiesen constituir en verdaderas normas-parámetro para juzgar bien la inconstitucionalidad de las demás normas⁵⁷ bien la misma inactividad legislativa.

Este problema de indeterminación o generalidad de los principios también se produce en el caso de la Carta, aunque hay que señalar que algunos de los principios recogidos en la Carta son más precisos y menos indeterminados que los principios equivalentes recogidos en nuestra Constitución. Ello es lo que ocurre, por ejemplo, con el artículo 34 de la Carta (actual artículo II-94 del Tratado Constitucional) que reconoce con bastante precisión el denominado “derecho” a determinadas prestaciones de seguridad social⁵⁸. Derecho que es realmente un principio por lo que no dará lugar a un derecho subjetivo judicialmente actuable pero si daría lugar, como desarrollaremos, a un deber de

⁵⁷. Ciertamente la propia naturaleza abierta de tales principios rectores hará muy difícil que puedan justificar por sí mismos una declaración de inconstitucionalidad de una ley.

⁵⁸. El artículo 41 de la Constitución también ha establecido de manera precisa la garantía de la seguridad social llegando a constituirse en una garantía institucional cuyo contenido mínimo no puede desconocerse por el legislador.

desarrollo jurídicamente declarable por su concreción y por poderse vincular con una competencia atribuida a la Comunidad en el artículo 104 del TCE (actual III-210 del Tratado Constitucional)⁵⁹.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no siempre se ha mostrado dispuesta a declarar la inactividad del legislador comunitario, sobre todo cuando el precepto no desarrollado dejaba un cierto margen de discrecionalidad a los poderes europeos, y ello a pesar de existir aspectos reglados claramente incumplidos. Así en la sentencia de 22 de mayo de 1985 tras considerar el Tribunal de Justicia que el Consejo estaba obligado por el Tratado CE a fijar un marco común en el sector de los transportes una vez finalizado, en 1969, el segundo periodo transitorio, no se atrevió a declarar la inactividad del Consejo, una vez superado aquel plazo temporal, al considerar que la amplia discrecionalidad que tenía el Consejo a la hora de concretar ese marco común impedía exigirle el cumplimiento de su obligación vía recurso por omisión⁶⁰.

Precisamente la segunda dificultad existente en nuestro ordenamiento constitucional a la hora de poder declarar jurisdiccionalmente los posibles incumplimientos de los deberes derivados de los principios: la ausencia de vías procesales para declarar las omisiones absolutas, no se produce en el ordenamiento comunitario. El ordenamiento comunitario ha previsto mecanismos de control de la inactividad de los poderes comunitarios y de los poderes nacionales cuando se encuentran obligados a aplicar el derecho europeo.

Asumido que del reconocimiento de los principios se deriva no sólo el deber de interpretar y controlar las normas de acuerdo con tales principios sino también un deber positivo de legislar para promoverlos positivamente —siempre y cuando al mismo tiempo se haya atribuido una competencia en la materia— la consecuencia de la falta de cumplimiento de tal deber sería un incumplimiento de la Carta como consecuencia de producirse una omisión. Omisión que en el ordenamiento jurídico europeo, y al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento español, sí que tendría cauces procesales para ser declarada, esencialmente el recurso por omisión⁶¹.

Ciertamente, no haría falta acudir a tal cauce, el recurso por omisión, para la determinación por el Tribunal de Justicia, máximo interprete del derecho

⁵⁹. Tal y como desarrollamos infra el artículo III- 210.2.b) del Tratado Constitucional (que recoge el actual artículo 104 del TCE) atribuye a legislador comunitario la competencia para adoptar disposiciones mínimas en materia de seguridad social mediante leyes marco europeas.

⁶⁰. STJCE de 22 de mayo de 1985. C-13/83. Rec 1985, p 1513.

⁶¹. También la Constitución portuguesa ha previsto un recurso directo para controlar la inconstitucionalidad por omisión en su artículo 283.

européo, de la existencia de las denominadas omisiones relativas, pues la determinación de tales omisiones es posible a través de la vías previstas tanto para la interpretación del derecho comunitario como para el control de la conformidad del derecho derivado con el derecho originario.

Así lo señala RICARDO ALONSO al afirmar que “las omisiones relativas o de carácter parcial pueden ser corregidas a través de las decisiones dictadas en el marco de cuestiones prejudiciales de interpretación e incluso en el contexto procesal de recursos de anulación o de cuestiones prejudiciales de validez cuyo trasfondo sea la insuficiencia de la normativa comunitaria impugnada”⁶².

Sin embargo, la determinación por el Tribunal de Justicia de la existencia de una omisión absoluta sólo es posible a través del planteamiento del denominado recurso por omisión o por inactividad⁶³.

El recurso por omisión tiene como función permitir el control de legalidad de las omisiones de las instituciones europeas contrarias al derecho europeo. Para el Tribunal una omisión susceptible de recurrirse consiste en “abstenerse de pronunciarse en una situación en que la institución estaba obligada a hacerlo”⁶⁴.

En la regulación del recurso por omisión encontramos dos grupos de legitimados para interponerlo: los particulares y los denominados demandantes privilegiados, entre los que se encuentran las instituciones comunitarias y los Estados miembros. El Tribunal de Justicia ha realizado una interpretación restrictiva de la legitimación para recurrir en el caso de los particulares. En efecto, el Tribunal de Justicia ha considerado que no cabe la impugnación por un particular de la inactividad de los poderes comunitarios si el acto omitido es de carácter general y por tanto no es de los que le afectan directa e individualmente. Esta interpretación restrictiva de la legitimación de los particulares para recurrir ciega una de los cauces para permitir la declaración por el Tribunal de Justicia de las omisiones de desarrollo de los principios de la Carta.

⁶². Es fundamental el análisis que este autor realiza de las distintas vías procesales a través de las cuales el Tribunal puede apreciar, declara y tratar de suplir, los silencios y omisiones de los poderes comunitarios. ALONSO GARCÍA, R., “Actividad judicial v. Inactividad normativa (el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente al déficit normativo de las Instituciones y de los Estados miembros)”. 151 *Revista de Administración Pública* (RAP). 2000. pp. 90 y ss.

⁶³. Artículo 232 del Tratado CE recogido como artículo III-367 en el Tratado Constitucional

⁶⁴. STJCE de 22 de mayo de 1985, C-13/83, Rec. 1985, p 1513. aunque tal y como apunta Alonso García esta sentencia es incoherente pues a pesar de que se reconoce la existencia de una obligación incumplida finalmente no se declara. Ver ALONSO GARCÍA, R., “Actividad judicial...”, *op cit.*, pp 77 y ss.

Sin embargo, el cauce del recurso por omisión para permitir la declaración por el Tribunal de Justicia de las omisiones de desarrollo de los principios no tendría tales obstáculos caso de tratarse de un demandante privilegiado, pues los demandantes privilegiados no tienen necesidad de justificar interés alguno para interponer el recurso por omisión.

Ciertamente, en el ordenamiento jurídico comunitario la sentencia estimatoria de un recurso por omisión es meramente declarativa, pues se limita a reconocer una abstención o inactividad de una institución contraria al ordenamiento sin suponer la adopción por el Tribunal del acto omitido.

En este sentido, el Tribunal de Justicia ha considerado que la adopción del acto omitido es una competencia exclusiva de la institución cuya omisión se declara por lo que corresponde a la institución condenada adoptar las medidas adecuadas, sin que ni siquiera el Tribunal de Justicia o el Tribunal de Primera Instancia puedan dirigirle órdenes conminatorias⁶⁵.

El hecho de que la sentencia sea declarativa no excluye que la misma deba ser cumplida. En efecto, de acuerdo con el artículo 233 del TCE (que se recoge como artículo III-368 del Tratado Constitucional) la institución cuya abstención haya sido declarada contraria al Tratado estará obligada a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. A pesar de que el Tribunal no pueda evidentemente sustituir en su deber a las instituciones comunitarias, una sentencia del Tribunal de Justicia declarando que estas han incumplido sus deberes establecidos en el derecho europeo originario tendría importante trascendencia política.

Sin embargo, además de los efectos “políticos” de las sentencias del Tribunal de Justicia que resuelven un recurso por omisión, se podría considerar si tales sentencias pueden conllevar la declaración de alguna responsabilidad de la Unión que permita sancionar tales omisiones legislativas⁶⁶. El propio artículo 233 del Tratado CE (recogido en el Tratado Constitucional como artículo

⁶⁵ Auto de 12-11-96, as. *SDDA c. Comisión*, T-47/96. De la jurisprudencia comunitaria se desprende que el Tribunal no parece de momento muy dispuesto a manejar las sentencias interpretativas a que nos tiene acostumbrado nuestro Tribunal Constitucional cuando pretenden acabar con las omisiones relativas. Ver AHUMADA RUIZ, M.A., “El control...”, *op cit.*

⁶⁶ Ciertamente habría que analizar si una declaración de omisión podría resultar en una acción de responsabilidad. Ver RUBIO LLORENTE, F. “La Constitución como fuente del derecho” en *La Constitución española y las fuentes del Derecho* vol. I. Madrid. 1979. p 70 donde planteaba la cuestión de si puede exigirse al Estado responsabilidad por omisión e incumplimiento de los “mandatos al legislador” impuestos por la propia Constitución.

III-368) tras declarar que la institución de la que emane el acto anulado, o cuya abstención haya sido declarada contraria al Tratado (o a la Constitución en el Tratado Constitucional) estará obligada a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia, establece que tal obligación se entiende sin perjuicio de la obligación que pueda resultar de la aplicación del artículo 288 del Tratado CE (recogido en el Tratado Constitucional como artículo III-431) que reconoce la responsabilidad extracontractual de la Unión. Este último artículo instituye que “la Unión deberá reparar los daños causados en el ejercicio de sus funciones de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”. El Tratado Constitucional se remite así a los principios generales comunes de los Estados miembros en relación a la responsabilidad del Estado legislador.

Surgen, sin embargo, dudas en torno a la posibilidad de determinar la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias como consecuencia de su inactividad, pues el precepto se refiere “a los daños causados en el ejercicio de sus funciones” lo cual podría ser un obstáculo para imputar a la institución la responsabilidad de los daños causados por omisión de sus funciones. Asimismo, de la doctrina y de la jurisprudencia de los Estados miembros no parecen derivarse pronunciamientos claros en relación a la posible aceptación de la responsabilidad del legislador derivada de las omisiones legislativas⁶⁷, máxime además de si, como ocurre en el caso de los principios de la Carta, la omisión no supone el quebrantamiento de un derecho subjetivo sino únicamente la vulneración de un deber del poder público.

Pese a todo, SCHUTTER considera posible la admisión de una acción de responsabilidad contra una institución que incumpliese su deber de transformar un derecho social en un derecho subjetivo invocable ante los tribunales. Requisito necesario para apreciar la hipotética responsabilidad del legislador europeo por omisión de sus deberes constitucionales sería la determinación de que se ha producido un daño a quién pudo ser –y no lo fue, por tal omisión–, beneficiario de una determinada medida. SCHUTTER pone precisamente como ejemplo de la posibilidad de exigir responsabilidad por la omisión de concreción del derecho a la seguridad social⁶⁸.

Se pueda admitir o no la posibilidad de sancionar la inactividad de los poderes europeos mediante la declaración de la responsabilidad del legislador, lo

⁶⁷. GARRIDO MAYOL, V., *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Valencia. 2004.

⁶⁸. SCHUTTER, O., “La contribution..., *op cit.*, p. 43.

cierto es que el régimen jurídico de los principios contenidos en la Carta de 2000 tiene una indudable ventaja frente al régimen de los principios del capítulo III de la Constitución española, pues, asumida la vinculación de los poderes públicos europeos a los principios de la Carta en su triple exigencia, en el ordenamiento europeo sí se han establecido cauces para poder declarar los incumplimientos absolutos por el Tribunal de Justicia posibilitándose así la exigencia de su promoción y desarrollo.

Analizado el potencial régimen jurídico de los principios en la Carta del 2000, potencial en tanto en cuanto la Carta nunca llegó a ser jurídicamente aplicable, es necesario analizar el régimen jurídico de los principios en el Tratado Constitucional de 2004 con la finalidad de comprobar si se ha mantenido la construcción de la Carta del 2000 o esta ha sufrido alguna modificación.

2. ¿El mantenimiento del régimen jurídico de los principios establecidos en la Carta de 2000 en el Tratado Constitucional de 2004?

Recordemos que la voluntad explícita de la Convención de 2003, encargada de la elaboración del Proyecto de Tratado Constitucional, habría sido respetar el contenido íntegro de la Carta del 2000. Únicamente se habrían introducido en la Convención de 2003 “determinados *ajustes técnicos de redacción* en las “disposiciones generales” de la Carta”⁶⁹. Ajustes de redacción que no supondrían la alteración material de lo establecido en el 2000.

Así, el Tratado Constitucional de 2004 acoge la diferencia entre principios y derechos establecida en la Carta del 2000.

En primer lugar en el Preámbulo de la Parte II, que es, la que recoge la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

En segundo lugar en el artículo II-111.1 al afirmar que los poderes comunitarios y los estatales cuando apliquen el derecho de la Unión “respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias”.

⁶⁹ *Informe final del Grupo II de 22 de octubre de 2002. CONV 354/02.* En cursiva en el original. Modificaciones que servirían “para *confirmar*, aclarar y reforzar desde el punto de vista jurídico determinados elementos clave del consenso global logrado por la anterior Convención respecto de la Carta”.

En tercer lugar, en el artículo II-112.1 del Tratado constitucional cuando recoge las garantías de los derechos y libertades contenidos en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión sin extenderlas a los principios. Así, se establece, en primer término, que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades deberá ser establecida por la ley y en segundo término que esa ley deberá respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Reserva de ley y límite del contenido esencial son por lo tanto garantías plenamente asumidas por el Tratado Constitucional. A continuación se recoge un límite afianzado en la jurisprudencia comunitaria y en la mayoría de las jurisprudencias constitucionales nacionales: las limitaciones de los derechos que se establezcan deben respetar el principio de proporcionalidad⁷⁰.

Este precepto, el II-112.1, se refiere únicamente a los derechos y libertades de la Carta por lo que las garantías allí establecidas no se aplicarían a los denominados principios, que por lo tanto, al igual que ocurre en el ordenamiento constitucional español, carecerían de un contenido esencial.

Sin embargo, más interesante que analizar lo que ya estaba en la Carta de 2000, es analizar uno de los “*ajustes técnicos de redacción* en las “disposiciones generales” de la Carta” que se habría introducido en la Convención de 2003: la introducción de una nueva disposición en el artículo II-112 (antiguo artículo 52 de la Carta); un nuevo apartado 5 que tiene como propósito declarado confirmar la distinción entre derechos y principios aclarando de alguna manera el régimen jurídico de estos últimos.

De acuerdo con el nuevo apartado II-112.5:

“Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio

⁷⁰. De acuerdo con las explicaciones del precepto realizadas ya por la Convención que elaboró la Carta en el 2000 la jurisprudencia europea habría venido sosteniendo que pueden establecerse restricciones al ejercicio de los derechos siempre que dichas restricciones “respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos” (sentencia de 13 de abril de 2000, asunto 292/97, punto 45) que no es otra cosa que la formulación del principio de proporcionalidad. Se pueden plantear, sin embargo, dudas acerca del contenido exacto de dicho principio ver QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “El Derecho Constitucional Comunitario “in the age of balancing”. Control de constitucionalidad y principio de proporcionalidad”. *Cuadernos de Derecho Público*. 2003.

de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos”.

El Grupo II o Grupo “Carta”, responsable de la introducción de tal propuesta, subrayaba en su Informe final la importancia de la distinción entre “derechos” y “principios”, distinción que se señalaba que constituyó un elemento importante del consenso logrado en la Convención de 2000. El Informe del Grupo consideraba necesario confirmar esta distinción con una nueva disposición general, introducida como actual artículo II-112.5, que condensaría la interpretación del concepto de “principios” que marcó los trabajos de la Convención anterior.

Al justificar la nueva disposición se afirmará en el Informe del Grupo II que los principios tienen que ser “observados” y pueden requerir un desarrollo mediante actos legislativos o ejecutivos⁷¹. De ello deriva el Informe que los principios pueden revestir importancia para los órganos jurisdiccionales cuando se *interpretan* o *revisan* dichos actos de desarrollo.

Ello supone reconocer que los principios tienen carácter normativo; por lo menos en lo que se refiere al cumplimiento de dos de las exigencias o manifestaciones que se derivan de reconocerles tal normatividad: la exigencia de recurrir a ellos para la interpretación de las restantes normas del ordenamiento jurídico y la exigencia de recurrir a ellos como parámetro para revisar la “constitucionalidad” de una norma.

Ciertamente la posibilidad de utilizar los principios como parámetro de interpretación o como parámetro de revisión o control de la “constitucionalidad” de las demás normas del ordenamiento europeo tiene una relevancia fundamental. Lo que ocurre es que en el ordenamiento comunitario la ausencia de regulaciones preexistentes en determinados ámbitos como consecuencia de las dificultades políticas derivadas de la falta de consenso para su aprobación, como puede ser el ámbito de la política social hace disminuir la importancia de la función interpretadora o revisora de los principios y al mismo tiempo hace que adquiera una importancia esencial la potencial función de promoción positiva de tales principios.

⁷¹. El informe reconoce que los principios tienen que ser observados pero sin embargo no es tan tajante en relación a la promoción de los mismos pues en lugar de afirmar que los principios tienen que ser promovidos simplemente considera que pueden requerir un desarrollo.

En efecto, de considerarse que los principios no son sólo parámetro de interpretación y de revisión de las normas europeas sino que también suponen el establecimiento de un deber positivo de promoverlos –siempre en el marco de las competencias atribuidas a los poderes europeos–; los principios se convertirían en un importante mecanismo de garantía del modelo social europeo recogido en la Tratado Constitucional pues la ausencia de su desarrollo positivo supondría una incumplimiento de la Constitución europea.

Sin embargo, la nueva disposición propuesta por el Grupo Carta, finalmente aceptada por la Convención, nada aclara respecto de esta tercera manifestación de la normatividad de los principios; la posibilidad de la exigencia de su promoción activa por el legislador. El Informe se refiere únicamente a dos de las exigencias que se derivan de considerar vinculantes los principios, la exigencia interpretadora y la exigencia revisora.

Al discutirse ante el Pleno de la Convención el Informe Final del Grupo II⁷², donde se recogía la propuesta de incorporar esta nueva disposición II-112.5 aclaratoria del concepto de “principios”, varios miembros del Pleno formularon reservas sobre las modificaciones de los artículos horizontales propuestas por el Grupo, por considerar que reducían el grado de protección previsto por la Carta de 2000 y eran contrarias al criterio básico de respetar el contenido de aquella⁷³. Más concretamente estos convencionales consideraban que este nuevo apartado 5, del entonces artículo 52 y hoy artículo II-112, sobre los efectos de los “principios” de la Carta podría considerarse contrario a la obligación, consagrada en el apartado 1 del artículo 51, hoy artículo 111, de observar dichos principios y promover su aplicación, ya que restringía indebidamente la fuerza legal de dichos principios, que en opinión de dichos miembros “deberían ser alegables ante los tribunales de manera general y no sólo por lo que atañe a los actos adoptados específicamente en aplicación de los principios”.

Los términos en que estos convencionales plantean el problema no están del todo claros, pues sí lo que están exigiendo es que se reconozca que los principios también son, como los derechos, preceptos que generan inmediata y directamente derechos subjetivos exigibles ante los tribunales ello es algo que ya habría sido rechazado en la Carta de 2000.

Así lo señala en su intervención para responder a las afirmaciones formuladas durante el debate, el presidente del Grupo II, ANTONIO VITORINO, al

⁷². Informe final del Grupo II de 22 de octubre de 2002. CONV 354/02.

⁷³. Informe resumido relativo a la sesión plenaria de 28 y 29 de octubre. CONV 378/02.

subrayar que la Carta del 2000 hacía ya una diferenciación clara e innegable entre derechos subjetivos y principios, principios que no conceden derechos automáticos a beneficios concretos sino que requieren actos de aplicación, diferencia que la nueva disposición meramente expresaría con mayor claridad.

Ahora bien, otra cosa sería que lo que se estuviese señalando por los convencionales que no estaban de acuerdo con la inclusión de la nueva disposición, es el peligro de que ésta se interpretase como excluyendo la posibilidad de exigir al legislador europeo la promoción activa de los principios. De acuerdo con esta interpretación, aunque el apartado 5 considerase vinculantes a los principios, lo haría sólo en dos de sus manifestaciones, la interpretativa y la revisora pero excluiría la exigencia de su promoción.

De ser ésta la reticencia de los convencionales a la introducción del apartado 5 pronto se demostraría que sus temores no eran de todo infundados. En efecto, la disminución del grado de protección denunciada pareció concretarse en la interpretación de la nueva disposición realizada por las Explicaciones elaboradas por el Praesidium de la Convención de 2003.

En estas explicaciones al artículo II-112.5 se afirmará que “los principios pueden aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos; por consiguiente, son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos. Sin embargo, *no dan lugar a demandas directas de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros*”.

Tal interpretación al artículo II-112.5 está contenida en las denominadas “explicaciones” que no dejan de tener su relevancia pues el propio Tratado Constitucional ha constitucionalizado su valor interpretativo.

En efecto, ya en la Carta del 2000 el Praesidium de la Convención que la elaboró había confeccionado unas “explicaciones” con el objetivo de aclarar las disposiciones de la Carta. El mismo documento donde se recogen tales “explicaciones” afirmaba, como no podía ser de otro modo, carecer de valor jurídico.

En la Convención del año 2003 se plantea el valor de las “explicaciones” de la Convención del 2000 y de las posibles actualizaciones que pueda hacer la propia Convención de 2003⁷⁴. Finalmente a las “explicaciones” se les ha dado valor interpretativo de primer orden en el propio texto del Tratado Constitucional. En efecto, la CIG del 2004 ha completado el Preámbulo de la Carta

⁷⁴. Actualizaciones y no modificaciones porque recordemos que se tiene el propósito por la Convención de 2003 de respetar el contenido integro de la Carta de 2000.

afirmando que “los tribunales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea”.

Por si existiese alguna duda acerca del valor jurídico del Preámbulo se ha introducido también por la Conferencia Intergubernamental un nuevo apartado 7 en el artículo II-112 que establece que “las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”. Las explicaciones han pasado a tener un valor esencial en la interpretación de la Carta introducida como Parte II del Tratado Constitucional⁷⁵.

La determinación de cual es el valor jurídico de las explicaciones tiene su importancia a la hora de abordar la interpretación del nuevo apartado 5, añadido al artículo II-112 por la Convención de 2003, pues en la explicación de este artículo se afirma que “los principios no dan lugar a demandas directas de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros”. Lo cual podría dar lugar a interpretar que el Tratado Constitucional está excluyendo la tercera manifestación de la normatividad de los principios, la exigencia de su promoción activa por el legislador⁷⁶. De acuerdo con esta interpretación el Tratado Constitucional sólo permitiría alegar ante un órgano jurisdiccional los principios cuando se tratase de interpretar o revisar la legalidad de los actos de promoción de aquellos pero no cuando se tratase de controlar la inactividad de los poderes públicos.

Sin embargo, partiendo de que la Convención de 2003⁷⁷, que es la que introduce el apartado 5 del artículo II-112, había expresado reiteradamente su

⁷⁵. SAIZ DE ARNAIZ, A. ha señalado los problemas que se pueden derivar de la adopción de las explicaciones como directiva interpretativa. SAIZ DE ARNAIZ, A. “Constitución y Derechos: La Carta “Retocada”, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la parte II del Proyecto de Tratado” en *El proyecto de nueva Constitución Europea* dir. ALBERTI ROVIRA, E. Valencia. 2004, p 351 y ss.

⁷⁶. Evidentemente, hay que reiterar que la exigencia de promoción activa sólo se dará si la obligación es lo suficientemente concreta y si existe una competencia atribuida a los poderes comunitarios pues los principios por si mismos no suponen la atribución de nuevas competencias. La obligación de las instituciones de la Unión de promover los principios establecidos en la Carta sólo se puede producir dentro de los límites de las competencias atribuidas.

⁷⁷. Si bien es cierto que la Convención de 2003 no ha sido propiamente “el poder constituyente” pues la aprobación definitiva del Tratado Constitucional ha correspondido a los Estados miembros a través de la Conferencia Intergubernamental es posible considerar que ésta última ha asumido el trabajo de aquella con sus motivaciones.

voluntad de respetar el contenido íntegro de la Carta de 2000 y asumiendo que en la Carta del 2000 no se quiso suprimir la posibilidad de exigir la promoción y desarrollo positivo de los principios al legislador europeo, debemos intentar encontrar una interpretación del apartado 5 del artículo II-112 que haga compatible la exigencia de promoción positiva de los principios que se exige en el artículo II-111.1 del Tratado —cuando afirma que los principios se observarán y se promoverá su aplicación—, con la afirmación de que “sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos” (los dictados en su desarrollo). Una interpretación que haga compatible la exigencia de promoción positiva de los principios establecida en el artículo II-111.1 con la afirmación de las explicaciones de que “los principios no pueden dar lugar a demandas directas de acciones positivas de las instituciones de la Unión”.

Para ello deberíamos interpretar que cuando el Tratado Constitucional establece que los principios “sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de los actos” lo que está excluyendo es que se pueda producir el reconocimiento y otorgamiento por los órganos jurisdiccionales de un derecho subjetivo derivado de un principio que no ha sido desarrollado por el legislador europeo; pero no la posibilidad de que mediante el recurso por inactividad u omisión planteado por uno de los recurrentes privilegiados⁷⁸, el Tribunal de Justicia pueda declarar la violación del legislador europeo de su deber de promover los principios.

Igualmente cuando las explicaciones del Praesidium de la Convención de 2003 al artículo II-112.5 afirman que “los principios no pueden dar lugar a demandas directas de acciones positivas de las instituciones de la Unión” lo que estarían excluyendo es la posibilidad de que un particular pueda exigir el reconocimiento de un derecho subjetivo derivado de la existencia de un principio ante los tribunales o la administración comunitaria. Y en todo caso estaría excluyendo, también, que un particular pueda tener legitimación activa para plantear un recurso por inactividad frente a la omisión de los poderes europeos en la adopción de disposiciones de carácter general a las que se encuentran obligados como consecuencia del deber de promoción de los principios que les impone la Constitución. Ciertamente, la imposibilidad de que un particular utilice el recurso por omisión frente a omisiones de los poderes europeos en la adopción de disposiciones de carácter general a las que se encuentran obliga-

⁷⁸. Se considera que son demandantes privilegiados para presentar el recurso por omisión por no tener que demostrar interés alguno, los Estados miembros y las demás instituciones de la Comunidad.

dos, es algo que ya ha sido afirmado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁷⁹. Sin embargo, el Tratado Constitucional lo estaría explicitando para el caso de los principios. La razón para negar a los particulares la capacidad de utilizar el recurso por omisión en el caso de un incumplimiento de las obligaciones derivadas de principios es que si los principios no atribuyen por sí mismos derechos subjetivos a los particulares, estos tampoco deben poder exigir directamente el cumplimiento de los deberes generales derivados de los principios. Los principios recogidos en el Tratado Constitucional instaurarían así deberes no accionables por los individuos ante los tribunales pero que seguirían siendo jurídicamente vinculantes para los poderes públicos.

Vinculación que podría ser declarada por el Tribunal de Justicia, pues el Tratado Constitucional no estaría negando la legitimación activa de los denominados demandantes privilegiados para interponer recurso por omisión contra cualquier abstención contraria al derecho europeo. En este caso, al contrario que en el supuesto de los particulares donde se ha excluido por la jurisprudencia, y ahora por el Tratado la posibilidad de recurrir frente a omisiones en la adopción de disposiciones de carácter general, los demandantes privilegiados no tienen necesidad de justificar interés alguno para interponer el recurso por omisión.

El Tratado habría reconocido un “poder” o “potestad” a las instituciones europeas y a los Estados miembros para pretender el cumplimiento de los deberes del legislador europeo sin que ello suponga el reconocimiento de un derecho subjetivo.

Sólo mediante esta interpretación sería posible conciliar la aparente contradicción que se produce entre el deber de las instituciones europeas de promover la aplicación de los principios establecido en el artículo 111.1 del Tratado Constitucional y la afirmación de que los principios no pueden dar lugar a demandas directas de acciones positivas de las instituciones de la Unión derivada del artículo 112.5 del mismo texto. Aparente antinomia dentro del mismo texto normativo que podría ser superada interpretando que lo que el segundo precepto está excluyendo es la posibilidad de exigir por un particular ante los tribunales el

⁷⁹. STJCE de 26 de abril de 1988, C-97,193,99 y 215/1986. Rec. 1988, p. 2181. Los Particulares sólo pueden plantear un recurso por omisión frente a una disposición general si les afecta directa e individualmente. Señala ALONSO GARCÍA las escasas posibilidades que ofrece el sistema jurisdiccional comunitario a los particulares para impulsar la actividad normativa de la comunidad como consecuencia de la exclusión de la legitimación activa para combatir la inactividad en el terreno de las disposiciones de carácter general. ALONSO GARCÍA, R., “Actividad judicial...”, *op cit.*, pp. 96 y ss.

reconocimiento de un derecho subjetivo, sin que ello afecte al deber de promover los principios de los poderes públicos que se establece en el primer precepto. Si existe en la Constitución europea un deber de promoción de los principios debe existir la posibilidad de que el mismo sea exigible por los cauces previstos en el ordenamiento, lo cual no implica que el Tratado imponga una obligación de promoción que de forma correlativa genere un derecho subjetivo.

Una vez analizado el régimen general de los principios en el Tratado Constitucional es posible aplicar tal régimen a un supuesto concreto como es el del artículo II-94 del Tratado Constitucional que reconoce el derechos de acceso a determinadas prestaciones de Seguridad Social. La aplicación del régimen general de los principios a un supuesto concreto pondrá de manifiesto la fundamental eficacia que puede tener el Tratado Constitucional como mecanismo garantizador del modelo social europeo.

IV. LA CONSAGRACIÓN DEL DEBER DE PROTECCIÓN DE DETERMINADAS SITUACIONES EN LOS ARTÍCULOS III-210.2.b Y II-94 DEL TRATADO CONSTITUCIONAL

El análisis realizado, en anteriores epígrafes, del régimen jurídico general de los principios contenidos en el Tratado Constitucional debe ser utilizado para analizar preceptos concretos. Dedicaremos el presente epígrafe a examinar el régimen jurídico del artículo II-94 del Tratado Constitucional con la finalidad de poner de relieve como el Tratado Constitucional puede suponer avances notables en el ámbito de la protección social.

El enunciado del artículo II-94 del Tratado Constitucional señala que la Unión reconoce y respeta el derechos de acceso a las prestaciones de Seguridad Social (y a los servicios sociales⁸⁰) que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales. Inmediatamente surge la duda acerca de las implicaciones jurídicas derivadas de un precepto que merece la consideración de principio dentro de la Carta de los Derechos Fundamentales.

⁸⁰. A efectos del debate sobre el reconocimiento del derecho a prestaciones es intrascendente que las Explicaciones del Praesidium apuntaran que "(l)a referencia a servicios sociales se refiere a los casos en que dichos servicios se han establecido para garantizar determinadas prestaciones pero de ninguna manera implica que dichos servicios deban ser creados cuando no existen".

De acuerdo con el análisis del régimen jurídico de los principios ya realizado, el Tratado Constitucional consagraría el deber de los poderes públicos europeos de garantizar positivamente la protección de los ciudadanos mediante el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo.

Tal deber, que se impone a los poderes públicos europeos, deriva de la lectura conjunta de los artículos III-210.2.b y II-94 del Tratado Constitucional. El primero, el artículo III-210.2.b, atribuye a la Unión la competencia para establecer normas mínimas sobre, entre otros ámbitos, Seguridad Social. El segundo, el artículo II-94, establece un principio al afirmar el derecho de acceso a determinadas prestaciones de Seguridad Social según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.

El artículo 210.2.b, precepto atributivo de competencias en materia de seguridad social, debe ser leído a la luz del artículo II-94, precepto que si bien no atribuye nuevas competencias a los poderes europeos si les vincula a promover la aplicación del principio allí establecido en el ejercicio de las competencias a ellos atribuidas en otras partes del Tratado. De la lectura conjunta de ambos preceptos nace el deber de los poderes europeos de promover el acceso a determinadas prestaciones de Seguridad Social.

Cabría preguntarse acerca del valor de las contingencias expresamente aludidas en el artículo II-94 del Tratado Constitucional. Una lectura pausada de este precepto permite concluir que, con carácter general, lo que se reconoce es el derecho de acceso a prestaciones de Seguridad Social; y que, de modo más concreto, la enumeración de contingencia que acompañan a tal previsión es a la vez ejemplificativa y garantista.

Así, el rasgo ejemplificativo deriva de la circunstancia de que, fuera de las situaciones de necesidad recogidas en el mencionado artículo (maternidad, enfermedad, accidentes laborales, dependencia, vejez y pérdida de empleo), hay otras que también pueden merecer protección con la consiguiente prestación igualmente integrada en el sistema de Seguridad Social de que se trate. Es el caso, por ejemplo, de las prestaciones por muerte y supervivencia: la falta de alusión a ellas no significa que no merezcan la misma consideración de prestaciones de Seguridad Social que las pensiones de jubilación a las que sí se alude.

Por su parte, el componente garantista reside en que, si bien el reconocimiento de un derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social supone la consagración de una garantía institucional de tales sistemas públicos de los

que en principio pueden formar parte cualesquiera prestaciones que palien situaciones de necesidad de los ciudadanos⁸¹, las contingencias enumeradas de forma expresa por el artículo II-94 del Tratado Constitucional merecen amparo protector en todo caso: ninguno de los sistemas de Seguridad Social de los países miembros puede prescindir de ellas⁸². Se estaría así estableciendo un contenido mínimo de la acción protectora de los citados regímenes, algo nada baladí en un tiempo en el que el reelecto presidente estadounidense parece firmemente decidido a cumplir uno de sus compromisos electorales estrella: la privatización (siquiera parcial) del sistema público de pensiones.

Es asimismo necesario detenerse en el último inciso del artículo II-94.1 del Tratado Constitucional en el que se establece que el reconocimiento y respeto del derecho a las prestaciones de Seguridad Social se hace "... según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales". Dos son las cuestiones que merecen atención.

Por una parte, cabría plantearse si acaso el citado artículo II-94.1 no está estableciendo un deber directo de los Estados miembros consistente en la previsión de un sistema de prestaciones de Seguridad Social que atienda, como mínimo, las situaciones de necesidad allí enumeradas; si así fuera, ello significaría que todos los países que actualmente carecen de una prestación de Seguridad Social a favor, por ejemplo, de personas dependientes (España, entre otros) se verían compelidos a su creación directamente por el Tratado Constitucional, consecuencia de extraordinaria importancia por mucho que no fuera exigible un contenido mínimo.

La respuesta, sin embargo, debe ser negativa desde el momento en que se repara en que el destinatario de este mandato es la Unión, tal y como pone de manifiesto el propio artículo II-94.1 del Tratado Constitucional y confirma el artículo II-111 al proclamar que las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se dirigen a las instituciones órganos y organismos de dicha Unión y a los Estados miembros, pero en este último caso "... únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión".

⁸¹. Se sigue en este punto la línea interpretativa apuntada por el Tribunal Constitucional español que en referencia al artículo 41 CE señala que dicho precepto "... consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo (...) un núcleo o reducto indisponible por el legislador, de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar" (STC 37/94; véanse también: SsTC STC 32/1981, 26/1987 y 76/1988).

⁸². El sistema español, por ejemplo, no ha previsto todavía una prestación por dependencia, el Tratado Constitucional establecería el deber de los poderes europeos de promover el acceso a tales prestaciones mediante la adopción de leyes marco europeas.

No obstante, en el caso particular de España creemos que podría no ser osado afirmar que el artículo II-94.1 del Tratado Constitucional sí obliga directamente al Estado español a incluir una prestación de dependencia dentro del sistema de Seguridad Social. Lógicamente tal compromiso no deriva del Tratado Constitucional europeo, como se acaba de ver, sino de nuestro propio texto constitucional. Y es que el citado precepto condiciona la interpretación que ha de hacerse del artículo 41 CE por mor del artículo 10.2 CE en el que se establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre tales materias ratificados por España. Así, siempre que entendamos (tal es el punto menos sólido de esta argumentación) que el mencionado artículo 10.2 CE afecta también a los principios rectores del capítulo III⁸³, hay que sostener que las situaciones de necesidad a las que alude el artículo 41 CE son, como mínimo, las consagradas por el artículo II-94.1 del Tratado Constitucional.

Por otra parte, la previsión de este artículo II-94.1 en el sentido de que el reconocimiento del derecho a las prestaciones de Seguridad Social se producirá según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión condiciona la lectura de los preceptos referidos a la política social (Sección 2, artículos III-209 y siguientes). Como punto de partida, cabe recordar que los Estados miembros tienen competencia reconocida para la organización de sus sistemas de Seguridad Social (artículo 210.1 y 5 del Tratado Constitucional)⁸⁴. Pero el artículo 210.2, b) contiene una previsión expresa de la posible aprobación de leyes marco europeas que establezcan normas mínimas sobre Seguridad Social. Aunque la aprobación de tal normativa no está exenta de dificultades de carácter político (de forma muy significativa la exigencia de aprobación por el Consejo por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité de

⁸³. Algo que, ciertamente, no parece disparatado a la luz del Capítulo IV del Título I CE y, sobre todo, cuando se tiene en cuenta que entre los tratados internacionales afectados por el artículo 10.2 CE se incluye pacíficamente el *Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales*, de 19 de diciembre de 1966.

⁸⁴. Reiterada jurisprudencia ha señalado que "... el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social (...) Por consiguiente, a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar, por una parte, los requisitos del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de Seguridad Social..." [entre otras múltiples: SsTJCE 7 de febrero de 1984, Duphar (C-238/82, Rec. p. 523), 17 de junio de 1997, Sodemare (C-70/95, Rec. p. I-3395), 28 de abril de 1998, Kohll (C-158/96, Rec. pg. I-1931), 23 de octubre de 2003, Patricia Inizan, 4 de diciembre de 2003, Nina Kristiansen o 18 de marzo de 2004, Leichtle].

las Regiones y al Comité Económico y Social —artículo 210.3 del Tratado Constitucional—)⁸⁵, la lectura de aquel precepto a la luz del artículo II-94.1 del mismo Tratado debe llevar a concluir que esa normativa mínima tendrá que aprobarse respecto de todas y cada una de las prestaciones allí reconocidas pues así lo exige la Constitución Europea cuando establece que los principios se promoverán por los poderes europeos⁸⁶.

El Tratado Constitucional europeo impone, así, el deber de los poderes públicos europeos de garantizar de forma mínima determinadas prestaciones de Seguridad Social, las que se refieren a las situaciones explícitamente referidas en el artículo II-94, situaciones que, sin embargo, hasta ahora ni siquiera se han recogido en todos los ordenamientos jurídicos nacionales⁸⁷. La imposición de tal deber tiene una importancia trascendental pues implica que el propio Tratado Constitucional europeo se erige en la garantía esencial del modelo social europeo. Garantía que se deriva del específico régimen jurídico que se le dá a los principios en el, por el momento paralizado, Tratado Constitucional europeo.

⁸⁵. Otros condicionantes son los siguientes: la ley marco europea evitará establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas [2.b)] y no ha de afectar a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberá afectar de manera significativa al equilibrio financiero de éste (5, siempre del mismo artículo 210 TCUE).

⁸⁶. Debe advertirse que semejante interpretación no entra en colisión con la letra a) de ese mismo apartado donde se dice que la facultad de aprobar leyes o leyes marco europeas con el fin de fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y buenas prácticas, promover planteamientos innovadores y evaluar experiencias, no debe suponer en ningún caso la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. A nuestro juicio, lo que tal previsión viene a establecer es que no cabe la unificación de las normativas, algo distinto a la fijación de una regulación mínima que es a lo que se refiere el apartado b) y que permitiría en todo caso regulaciones más protectoras por parte de los Estados.

⁸⁷. Tal es el caso de las situaciones de dependencia, por ejemplo, en España.